



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

6 de dezembro de 2017\*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Âmbito de aplicação — Regulamento (CE) n.º 1083/2006 — Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, Fundo Social Europeu e Fundo de Coesão — Contrato de financiamento da construção de uma autoestrada celebrado com o Banco Europeu de Investimento antes da adesão do Estado-Membro à União Europeia — Conceito de “irregularidade” na aceção do Regulamento n.º 1083/2006»

No processo C-408/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia), por decisão de 20 de maio de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 21 de julho de 2016, no processo

**Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**, anteriormente **Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA**,

contra

**Minister Fondurilor Europene — Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe**,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: J. Malenovský, presidente de secção, D. Šváby (relator) e M. Vilaras, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da **Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**, por C. Homor, A. Docu, R. Simionescu, I.L. Axente, N. C. Mărgărit, A. Filipescu, H. Nicolae e M. Curculescu, na qualidade de agentes,
- em representação do **Ministerul Fondurilor Europene — Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe**, por D.C. Dinu, na qualidade de agente,
- em representação da **Comissão Europeia**, por B.-R. Killmann, A. Tokár e L. Nicolae, na qualidade de agentes,

\* Língua do processo: romeno.

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,  
profere o presente

### Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 15.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114), e do artigo 2.º, ponto 7, do artigo 9.º, n.º 5, e do artigo 60.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11 de julho de 2006, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1260/1999 (JO 2006, L 210, p. 25).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio entre a Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, anteriormente Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA (a seguir «CNADNR»), e o Ministerul Fondurilor Europene — Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe (Ministério dos Fundos Europeus — Direção-Geral de Gestão dos Fundos Estrangeiros, Roménia), a propósito de uma decisão da Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Sectorial «Transport» (Autoridade de Gestão do Programa Operacional Setorial «Transporte», Roménia, a seguir «AMPOST»), que aplicou uma correção financeira devido a uma violação da Diretiva 2004/18 no âmbito do processo de adjudicação de um contrato público relativo a obras cofinanciadas, inicialmente pelo Banco Europeu de Investimento (BEI), e depois, integral e retrospectivamente, pela União Europeia a título do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) e do Fundo de Coesão.

### Quadro jurídico

#### *Direito da União*

##### *Protocolo de adesão*

- 3 O artigo 2.º do Protocolo relativo às condições e regras de admissão da República da Bulgária e da Roménia à União Europeia (JO 2005, L 157, p. 29, a seguir «protocolo de adesão»), dispõe:

«A partir da data da adesão, [...] os atos adotados pelas Instituições antes da adesão vinculam a Bulgária e a Roménia e são aplicáveis nesses Estados nos termos [do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa], do Tratado CEEA e do presente Protocolo.»

- 4 A Quarta Parte deste protocolo, sob a epígrafe «Disposições temporárias», inclui um título III, consagrado às «Disposições financeiras», do qual faz parte o artigo 27.º, que enuncia, no seu n.º 2:

«As autorizações financeiras concedidas antes da adesão no âmbito dos instrumentos financeiros de pré-adesão referidos no n.º 1 bem como as concedidas no âmbito do Instrumento de Transição referido no artigo 31.º após a adesão, incluindo a conclusão e o registo de autorizações e pagamentos legais individuais daí resultantes concedidos após a adesão, continuarão a reger-se pelas regras e regulamentos dos instrumentos de financiamento de pré-adesão e serão imputadas aos respetivos capítulos orçamentais até ao encerramento dos programas e projetos em causa. Não obstante, a tramitação dos processos relativos aos contratos públicos iniciados após a adesão decorrerá nos termos das disposições aplicáveis da União.»

- 5 A Quinta Parte do referido protocolo, sob a epígrafe «Disposições relativas à aplicação do presente Protocolo», inclui um título II, sob a epígrafe «Aplicabilidade dos atos das instituições», do qual faz parte o artigo 53.º, que prevê, no seu n.º 1:

«A Bulgária e a Roménia devem pôr em vigor, a partir da data da adesão, as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nas leis-quadro europeias e nos regulamentos europeus que sejam vinculativos quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à escolha da forma e dos meios, na aceção do artigo I-33.º [do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa], e ao disposto nas diretivas e decisões, na aceção do artigo 249.º [CE] e do artigo 161.º do Tratado CEEA, a menos que seja fixado outro prazo no presente Protocolo. Devem comunicar essas medidas à Comissão o mais tardar à data da adesão ou, se for caso disso, até à data-limite fixada no presente Protocolo.»

*Diretiva 2004/18/CE*

- 6 O considerando 22 da Diretiva 2004/18 enuncia:

«Importa prever os casos em que as medidas de coordenação dos procedimentos podem não ser aplicadas [...] devido à aplicabilidade de regras específicas de adjudicação de contratos [...] que sejam próprias de organizações internacionais.»

- 7 O artigo 15.º desta diretiva, sob a epígrafe «Contratos adjudicados ao abrigo de regras internacionais», dispõe:

«A presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos regidos por regras processuais diferentes e adjudicados:

[...]

c) De acordo com o procedimento específico de uma organização internacional.»

*Regulamento n.º 1083/2006*

- 8 O considerando 22 do Regulamento n.º 1083/2006 enuncia:

«As atividades dos fundos e as operações que estes ajudam a financiar deverão ser coerentes com as outras políticas comunitárias e respeitar a legislação comunitária.»

- 9 O artigo 2.º deste regulamento tem a seguinte redação:

«Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

[...]

7) “irregularidade”, qualquer violação de uma disposição de direito comunitário que resulte de ato ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o Orçamento Geral da União Europeia através da imputação de uma despesa indevida ao Orçamento Geral.»

- 10 O artigo 9.º, n.º 5, do referido regulamento prevê:

«As operações financiadas pelos fundos devem estar em conformidade com as disposições do Tratado e dos atos aprovados ao abrigo deste último.»

- 11 Na secção 2 do capítulo II do título III do Regulamento n.º 1083/2006, sob a epígrafe «Grandes projetos», o artigo 39.º dispõe:

«No âmbito de um programa operacional, o FEDER e o Fundo de Coesão podem financiar despesas relacionadas com uma operação que inclua uma série de obras, atividades ou serviços destinados a realizar uma ação indivisível de natureza técnica ou económica precisa, com objetivos claramente identificados e cujo custo total seja superior a 25 milhões de euros no domínio do ambiente e a 50 milhões de euros noutros domínios, adiante designada “grandes projetos”.»

- 12 O artigo 41.º do referido regulamento, sob a epígrafe «Decisão da Comissão», enuncia:

«1. A Comissão aprecia um grande projeto, se necessário consultando peritos externos, incluindo o BEI, com base nas informações referidas no artigo 40.º, quanto à sua compatibilidade com as prioridades do programa operacional, à sua participação para a realização dos objetivos dessas prioridades e à sua coerência com outras políticas comunitárias.

2. A Comissão aprova uma decisão logo que possível e o mais tardar três meses após a apresentação de um grande projeto pelo Estado-Membro ou pela autoridade de gestão, desde que a apresentação cumpra o disposto no artigo 40.º Essa decisão deve definir o objeto físico, o montante a que se aplica a taxa de cofinanciamento do eixo prioritário e o plano anual da participação financeira do FEDER ou do Fundo de Coesão.

3. Sempre que a Comissão decida não conceder uma participação financeira dos fundos a um grande projeto, deve notificar ao Estado-Membro as razões de tal recusa no prazo e nas condições aplicáveis previstos no n.º 2.»

- 13 O artigo 60.º do Regulamento n.º 1083/2006 tem a seguinte redação:

«A autoridade de gestão é responsável pela gestão e execução do programa operacional de acordo com o princípio da boa gestão financeira, em especial:

a) Assegura que as operações são selecionadas para financiamento em conformidade com os critérios aplicáveis ao programa operacional e que cumprem as regras comunitárias e nacionais aplicáveis durante todo o período da sua execução;

[...]»

- 14 O artigo 98.º, n.º 2, deste regulamento prevê:

«Os Estados-Membros efetuam as correções financeiras necessárias no que respeita às irregularidades pontuais ou sistémicas detetadas no âmbito de operações ou de programas operacionais. As correções efetuadas por um Estado-Membro consistem na anulação total ou parcial da participação pública no programa operacional. O Estado-Membro tem em conta a natureza e a gravidade das irregularidades, bem como os prejuízos financeiros daí resultantes para o fundo.

Os recursos dos fundos assim libertados podem ser reutilizados pelo Estado-Membro, até 31 de dezembro de 2015, no âmbito do programa operacional em causa, nos termos do n.º 3.»

#### *Guia do BEI*

- 15 O BEI dispõe de um «Guia para a adjudicação de contratos nos projetos financiados pelo BEI». Este guia, na sua versão de 2004 (a seguir «guia do BEI»), tem por objeto informar os promotores de projetos cujos contratos são financiados, na totalidade ou em parte, pelo BEI das modalidades a seguir

para adjudicar os contratos de empreitada, de fornecimento e de serviços necessários ao projeto em causa e que beneficiam de um financiamento concedido pelo BEI. Está estruturado em três capítulos e distingue as regras que presidem às operações efetuadas na União, que são objeto do capítulo 2, das que regem as operações efetuadas fora da União, que são objeto do capítulo 3. No capítulo 3 do guia do BEI, é especificado que «[o]s países [candidatos] [...] integram progressivamente as diretivas [da União] na sua legislação. [Neste] guia, esses países estão abrangidos pelas disposições previstas no capítulo 3, “Operações fora da União [...]”, até à data em que se comprometeram, durante as negociações com a Comissão, a aplicar as diretivas [europeias] relativas à adjudicação dos contratos na medida em que efetivamente transpuseram nessa data essas diretivas para a sua legislação nacional. Então, as disposições do capítulo 2, “Operações na União”, são-lhes aplicáveis.»

### **Direito romeno**

#### *OUG n.º 34/2006*

- 16 A Diretiva 2004/18 foi transposta para o direito romeno pela Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 din 19 aprilie 2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (Decreto-Lei do Governo n.º 34/2006, relativo à adjudicação dos contratos públicos, dos contratos de concessão de obras públicas e dos contratos de concessão de serviços, *Monitorul Oficial al României*, Partea I, n.º 418, de 15 de maio de 2006, a seguir «OUG n.º 34/2006»). O artigo 14.º, n.º 1, deste decreto-lei dispõe:

«O presente decreto-lei não é aplicável quando o contrato público seja adjudicado no seguimento de:

[...]

c) aplicação de um procedimento específico de organismos ou instituições internacionais;

[...]»

#### *OUG n.º 72/2007*

- 17 A Ordonanța de urgență a Guvernului nr.72/2007 din 28 iunie 2007 privind unele măsuri derogatorii de la OUG nr. 34/2006 (Decreto-Lei do Governo n.º 72/2007, de 28 de junho de 2007, relativo a certas medidas de derrogação do Decreto-Lei n.º 34/2006 (*Monitorul Oficial al României*, Partea I, n.º 441, de 29 de junho de 2007, a seguir «OUG n.º 72/2007»), inclui um artigo único nos termos do qual:

«Em derrogação do disposto no [OUG N.º 34/2006], [...] na tramitação do processo de adjudicação de empreitadas de obras públicas - [...], empréstimo BEI VI, assinado em dezembro de 2006, autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj [...] a [CNADNR] aplicará as disposições do guia [do BEI], capítulo 3; [...]»

### **Litígio no processo principal e questões prejudiciais**

- 18 O projeto de construção da autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj foi inicialmente objeto de um contrato de financiamento celebrado em 23 de dezembro de 2003 entre a Roménia, o BEI e a entidade adjudicante do contrato de empreitada de obras em causa no processo principal, a CNADNR.
- 19 Com base neste contrato, foi celebrado um acordo de empréstimo para o financiamento da construção de vários troços de autoestrada, entre as mesmas partes, em 2 de dezembro de 2004. Este acordo estipula que a «CNADNR respeita os procedimentos do BEI relativamente às aquisições de bens, à

garantia de serviços e à contratação das obras necessárias aos projetos, negocia e celebra os contratos em conformidade com as disposições [deste contrato de financiamento]», a saber, «por intermédio de concursos públicos internacionais abertos aos candidatos de todos os países».

- 20 No âmbito deste acordo de empréstimo e com vista à organização da adjudicação do contrato de empreitada de obras públicas da autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj, a CNADNR adjudicou, em 28 de fevereiro de 2006, um contrato para dispor dos serviços de consultoria necessários à elaboração da documentação da adjudicação daquele contrato de empreitada de obras públicas. Na medida em que a Roménia não era ainda membro da União, a documentação de adjudicação do referido contrato foi elaborada em conformidade com o capítulo 3 do guia do BEI, sob a epígrafe «Operações fora da União [...]».
- 21 Resulta da decisão de reenvio que, por um lado, o procedimento de concurso para adjudicação do contrato de empreitada de obras públicas para a construção da autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj foi iniciado em 17 de julho de 2007 sob a forma de um concurso limitado com pré-seleção através da publicação do anúncio de pré-seleção, e, por outro, que esse contrato foi adjudicado em 15 de dezembro de 2008.
- 22 Em 27 de outubro de 2009, a Roménia pediu à Comissão que o projeto de construção da autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj beneficiasse, no âmbito do programa operacional setorial «Transporte 2007-2013», de um financiamento retrospectivo a título do FEDER e do Fundo de Coesão enquanto «grande projeto» na aceção do artigo 39.º do Regulamento n.º 1083/2006.
- 23 Com duas decisões sucessivas, adotadas respetivamente em 2010 e em 2014, a Comissão aprovou o financiamento integral do referido projeto a título do FEDER e do Fundo de Coesão. Um contrato de financiamento alterou assim a fonte de financiamento do mesmo projeto de forma que este passou a beneficiar de fundos europeus não reembolsáveis a título do programa setorial «Transporte 2007-2013».
- 24 Com vista a reembolsar as despesas assumidas pela entidade adjudicante e tendo em conta as recomendações da Comissão relativamente ao respeito da regulamentação da União em matéria de contratos públicos em caso de financiamento retrospectivo de projetos, a AMPOST controlou a documentação de adjudicação do contrato de empreitada de obras em causa no processo principal. No final desse controlo, esta autoridade declarou que existiam irregularidades mediante nota de 29 de junho de 2015 e, por decisão de 24 de agosto de 2015, impôs uma correção financeira de 10% do valor das despesas elegíveis do contrato de empreitada de obras celebrado em 15 de dezembro de 2008.
- 25 A AMPOST fundamentou essa correção financeira recordando, em primeiro lugar, que, para conceder um financiamento europeu não reembolsável a uma operação, a Comissão exige que sejam respeitadas as disposições das diretivas em matéria de contratos públicos em vigor à data de publicação do convite à participação no processo de adjudicação do contrato em causa. A este respeito, esta autoridade considerou que a Diretiva 2004/18 era aplicável ao procedimento de adjudicação do contrato de empreitada de obras em causa no processo principal pois este último apenas teve início depois da adesão da Roménia à União. Em segundo lugar, a AMPOST salientou que três critérios de pré-seleção previstos por esse contrato se revelavam mais restritivos do que os previstos pela Diretiva 2004/18, a saber, em primeiro lugar, um critério relativo à situação pessoal do candidato e, em especial, aos antecedentes de não-execução de contratos que viola os artigos 44.º e 45.º da Diretiva 2004/18, em segundo lugar, um critério relativo à situação financeira do candidato que é contrário ao artigo 47.º desta diretiva e, em terceiro lugar, um critério relativo à experiência do candidato que não respeita o artigo 48.º da referida diretiva. Em último lugar, a AMPOST salientou, no entanto, que o emprego destes critérios tinha sido autorizado nos termos do direito interno, a saber, da OUG n.º 72/2007, que derogava expressamente o OUG n.º 34/2006, decreto-lei que transpõe a Diretiva 2004/18.

- 26 A CNADNR interpôs, no órgão jurisdicional de reenvio, um recurso destinado a obter a anulação da decisão da AMPOST de 24 de agosto de 2015 bem como da nota de verificação de irregularidades e de fixação de correções financeiras de 29 de junho de 2015, emitida relativamente ao projeto de construção da autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj.
- 27 Em apoio do seu recurso, a CNADNR considera que a correção financeira de 10% do valor das despesas elegíveis do contrato de empreitada de obras da autoestrada Arad-Timișoara-Lugoj assenta numa interpretação errada das disposições do OUG n.º 34/2006, do OUG n.º 72/2007 e da Diretiva 2004/18. A CNADNR defende que a entidade adjudicante não pode ser criticada por ter fixado critérios de pré-seleção ilegais ou restritivos à luz desta diretiva, na medida em que, *ab initio*, a adjudicação deste contrato foi realizada em conformidade com o capítulo 3 do guia do BEI.
- 28 O Ministério dos Fundos Europeus — Direção-Geral de Gestão dos Fundos Estrangeiros defende que os controlos foram realizados pela AMPOST em conformidade com a Diretiva 2004/18 precisamente porque o procedimento de adjudicação do contrato em causa derrogava a aplicação do OUG n.º 34/2006. Com efeito, tendo em conta a alteração da fonte de financiamento, sendo a operação atualmente financiada pelo Fundo de Coesão no âmbito do programa operacional setorial «Transporte 2007-2013», esta autoridade devia assegurar que a adjudicação desse contrato respeita as disposições do direito da União e, em especial, as regras em matéria de contratos públicos.
- 29 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em primeiro lugar, quanto à regulamentação aplicável *ratione temporis* e visa, a este respeito, não apenas o artigo 27.º do protocolo de adesão, que respeita aos compromissos financeiros assumidos pelos Estados-Membros em causa antes da respetiva adesão à União, mas igualmente o artigo 53.º do mesmo protocolo, que prevê a entrada em vigor imediata, a partir da data da adesão desses Estados-Membros à União, das normas de direito derivado.
- 30 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se quanto à questão de saber se é possível interpretar o artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18, nos termos do qual esta diretiva não é aplicável aos contratos públicos regidos por regras processuais diferentes e adjudicados de acordo com o procedimento específico de uma organização internacional, no sentido de que autoriza um Estado-Membro a não aplicar esta diretiva, após a sua adesão à União, na medida em que esteja vinculado por um contrato de financiamento celebrado com o BEI antes da sua adesão à União, nos termos do qual os procedimentos de adjudicação dos contratos públicos obedecem a critérios específicos mais restritivos do que os previstos pela referida diretiva.
- 31 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se igualmente quanto à questão de saber se a Diretiva 2004/18 se opõe a um ato normativo de direito interno adotado pelo Estado-Membro em causa posteriormente à sua adesão à União e que impõe à entidade adjudicante que siga o guia do BEI em derrogação do ato normativo que transpõe a referida diretiva.
- 32 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio considera que, depois da adesão à União, um Estado candidato que tenha beneficiado de um financiamento durante as negociações deixa de estar sujeito ao capítulo 3 do guia do BEI relativo às operações fora da União, estando atualmente sujeito ao capítulo 2, sob a epígrafe «Operações na União Europeia», desse guia, o que confirma que a Diretiva 2004/18 é efetivamente aplicável.
- 33 Em terceiro lugar, na medida em que a AMPOST salientou que alguns dos critérios de pré-seleção previstos pelo contrato de empreitada de obras em causa no processo principal eram mais restritivos do que os previstos pela Diretiva 2004/18, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, neste contexto, quanto à questão de saber se tal contrato pode ser considerado conforme à regulamentação da União e elegível para um financiamento europeu não reembolsável concedido retrospectivamente.

34 Nestas condições, a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18/CE ser interpretado no sentido de que permite a um Estado-Membro não aplicar, posteriormente à sua adesão à União [...], a diretiva em causa, quando beneficie de um contrato de financiamento celebrado com o [BEI], assinado antes da adesão, com base no qual se aplicam aos contratos públicos a adjudicar os requisitos específicos impostos pelo financiador, como os do presente processo, que são mais restritivos que os permitidos pela diretiva?
- 2) Deve a Diretiva 2004/18/CE ser interpretada no sentido de que se opõe à existência, no direito nacional, de um ato normativo como o O.U.G. n.º 72/2007 (Decreto-Lei n.º 72/2007), que prevê a aplicação das disposições do [guia do BEI], em derrogação das disposições do ato normativo que transpôs para o direito nacional a diretiva, no caso em apreço o O.U.G. n.º 34/2006 (Decreto-Lei n.º 34/2006), pelos motivos indicados no relatório de acompanhamento [relativo a esse primeiro decreto], para dar cumprimento ao contrato de financiamento celebrado antes da adesão?
- 3) Na interpretação do artigo 9.º, n.º 5, e do artigo 60.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, tal contrato público, celebrado de acordo com o [guia do BEI] e com o direito nacional, pode ser considerado conforme com a legislação da União e elegível para uma subvenção europeia não reembolsável, concedida retroativamente?
- 4) Em caso de resposta negativa à questão anterior, quando esse contrato público tenha sido, no entanto, declarado conforme no momento da verificação dos requisitos de qualificação do [...] [Programa operacional setorial «Transporte» 2007-2013], tal presumida violação das normas do direito da União relativas aos contratos públicos (fixação de alguns critérios de pré-seleção dos proponentes de natureza análoga aos do [guia do BEI], mais restritivos em relação aos da Diretiva 2004/18/CE [...]) constitui uma “irregularidade” na aceção do artigo 2.º, n.º 7, do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, que cria a obrigação de o Estado-Membro em causa proceder a uma correção financeira/redução percentual com base no artigo 98.º, n.º 2, do mesmo regulamento?»

## Quanto às questões prejudiciais

### *Observações preliminares*

- 35 Para responder às questões submetidas, há que verificar, a título preliminar, que a Diretiva 2004/18 é efetivamente aplicável *ratione temporis* na medida em que certos factos evocados pelo órgão jurisdicional de reenvio ocorreram antes da adesão da Roménia à União. Com efeito, resulta do artigo 2.º do protocolo de adesão que os atos adotados pelas instituições da União antes da adesão vinculam a Bulgária e são aplicáveis nesse Estado, nos termos previstos pelos Tratados e por esse protocolo, a partir da data da referida adesão.
- 36 A este respeito, decorre do artigo 53.º, n.º 1, do referido protocolo que a Roménia deve pôr em vigor, a partir da data da sua adesão à União, as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nas diretivas que sejam vinculativas para qualquer Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à escolha da forma e dos meios, a menos que seja fixado outro prazo nesse mesmo protocolo.

- 37 Ora, é de constatar que não foi previsto tal prazo para a transposição para o direito interno da Diretiva 2004/18. Por conseguinte, a Roménia devia dar cumprimento a esta diretiva a partir da sua adesão à União em conformidade com o princípio da aplicação imediata e integral das disposições do direito da União aos novos Estados-Membros (v., neste sentido, acórdão de 3 de dezembro de 1998, KappAhl, C-233/97, EU:C:1998:585, n.º 15).
- 38 Assim sendo, há que assegurar que a Diretiva 2004/18 é efetivamente aplicável a um procedimento de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas como o que está em causa no processo principal.
- 39 A este respeito, resulta de jurisprudência constante que a diretiva aplicável a um contrato público é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirime definitivamente a questão de saber se existe ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação desse contrato (acórdão de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 83).
- 40 Ora, quando um procedimento de adjudicação é objeto de publicação de um anúncio de concurso, há que considerar que a data em que a entidade adjudicante dirime definitivamente a questão de saber se há que proceder, com ou sem abertura prévia de um concurso, à adjudicação do contrato é a do dia dessa publicação. Por conseguinte, é nessa data que deve ser apreciada a legalidade dos requisitos relativos a um procedimento de adjudicação de um contrato público.
- 41 No caso em apreço, o procedimento de adjudicação do contrato de empreitada de obras em causa no processo principal foi objeto de um anúncio de concurso publicado no suplemento do *Jornal Oficial da União Europeia* em 17 de julho de 2007, ou seja, posteriormente à adesão da Roménia à União. Por conseguinte, na medida em que o protocolo de adesão não previa nenhuma medida transitória suscetível de diferir a aplicação da Diretiva 2004/18, há que considerar que esta é aplicável *ratione temporis* a um procedimento de adjudicação como o que está em causa no processo principal.

### ***Quanto à primeira e segunda questões***

- 42 Com a sua primeira e segunda questões, que importa examinar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2004/18 e, em especial, o seu artigo 15.º, alínea c), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que a legislação de um Estado-Membro preveja, para efeitos de um procedimento de adjudicação de um contrato público iniciado posteriormente à data da sua adesão à União com vista à realização de um projeto com base num contrato de financiamento celebrado com o BEI anteriormente à referida adesão, a aplicação de critérios específicos previstos pelas disposições do guia do BEI que não cumprem as disposições dessa diretiva.
- 43 O artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18 enuncia que esta diretiva não é aplicável aos contratos públicos regulados por regras processuais específicas de uma organização internacional.
- 44 Por outro lado, há que observar que este artigo, lido à luz do considerando 22 da Diretiva 2004/18, enumera três casos de contratos públicos a que essa diretiva não é aplicável, na medida em que esses contratos públicos são regidos por regras processuais diferentes. Além disso, é de salientar que o referido artigo se insere na secção 3, sob a epígrafe «Contratos excluídos», do capítulo II, intitulado «Âmbito de aplicação», do título II, ele próprio sob a epígrafe «Regras aplicáveis aos contratos públicos», da Diretiva 2004/18.

- 45 Assim, resulta tanto da redação do artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18 como do contexto que se insere, que este artigo constitui uma exceção ao âmbito de aplicação material desta diretiva. Ora, tal exceção deve necessariamente ser objeto de uma interpretação estrita (v., neste sentido, despacho de 20 de junho de 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, não publicado, EU:C:2013:416, n.º 51 e jurisprudência referida).
- 46 Para apreciar se um procedimento de adjudicação de contratos públicos como o que está em causa no processo principal, regido pelo capítulo 3 do guia do BEI, pode estar abrangido pela exceção prevista no artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18, cumpre averiguar se tal procedimento se pode considerar regulado por regras processuais específicas de uma organização internacional.
- 47 Ora, como foi declarado no n.º 41 do presente acórdão, o anúncio do contrato em causa no processo principal foi publicado posteriormente à adesão da Roménia à União.
- 48 Nestas circunstâncias, não se pode considerar que um procedimento como o que está em causa no processo principal é regulado por regras processuais específicas de uma organização internacional na aceção do artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18.
- 49 Por conseguinte, a Roménia não pode invocar, depois da data da sua adesão à União, a exceção relativa ao respeito das regras específicas de uma organização internacional prevista no artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/18.
- 50 De resto, como o órgão jurisdicional de reenvio observou, tal interpretação é corroborada pela redação do guia do BEI, nos termos do qual, a partir da sua adesão à União, um Estado candidato que beneficiou de um financiamento do BEI para a realização de um projeto deixa de estar sujeito ao capítulo 3 desse guia, relativo às operações fora da União, passando a estar sujeito ao capítulo 2 do referido guia, relativo às operações na União, e deve aplicar as diretivas relativas ao procedimento de adjudicação dos contratos públicos.
- 51 Decorre do que precede que a Diretiva 2004/18 se opõe à existência de um ato normativo de direito interno, como o OUG n.º 72/2007, que prevê que as disposições do capítulo 3 do guia do BEI se aplicam em derrogação das disposições dessa diretiva.
- 52 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira e segunda questões submetidas que a Diretiva 2004/18 e, em especial, o seu artigo 15.º, alínea c), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que a legislação de um Estado-Membro preveja, para efeitos de um procedimento de adjudicação de um contrato público iniciado posteriormente à data da sua adesão à União com vista à realização de um projeto com base num contrato de financiamento celebrado com o BEI anteriormente à referida adesão, a aplicação de critérios específicos previstos pelas disposições do guia do BEI que não cumprem as disposições dessa diretiva.

### *Quanto à terceira e quarta questões*

- 53 Com a sua terceira e quarta questões, que há que examinar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 9.º, n.º 5, e o artigo 60.º, alínea a), do Regulamento n.º 1083/2006 devem ser interpretados no sentido de que se pode considerar que um procedimento de adjudicação de um contrato público como o que está em causa no processo principal, no qual foram aplicados critérios mais restritivos do que os enunciados na Diretiva 2004/18, cumpre o direito da União e é elegível para um financiamento europeu não reembolsável, concedido retrospectivamente, e se, sendo caso disso, o artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006 deve ser interpretado no sentido de que o emprego de critérios de pré-seleção dos proponentes mais restritivos do que os previstos na Diretiva 2004/18 constitui uma «irregularidade» na aceção dessa disposição, que justifica a aplicação de uma correção financeira nos termos do artigo 98.º desse regulamento.

- 54 Relativamente ao primeiro aspeto, resulta da redação do artigo 9.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1083/2006, lido à luz do considerando 22 do mesmo regulamento, que os fundos europeus apenas se destinam a financiar as operações conformes às disposições do Tratado e dos atos adotados ao abrigo do mesmo.
- 55 Além disso, nos termos do artigo 60.º, alínea a), do Regulamento n.º 1083/2006, incumbe à autoridade de gestão assegurar que as operações selecionadas para financiamento cumprem as regras da União e nacionais aplicáveis, durante todo o período da sua execução.
- 56 Assim, o Regulamento n.º 1083/2006 faz parte do dispositivo que garante a boa gestão dos fundos da União e a proteção dos interesses financeiros desta última (v., neste sentido, acórdão de 26 de maio de 2016, Județul Neamț e Județul Bacău, C-260/14 e C-261/14, EU:C:2016:360, n.º 34).
- 57 Daqui resulta que a União só visa financiar, através dos seus fundos, ações desenvolvidas em total conformidade com o direito da União, incluindo as regras aplicáveis em matéria de contratos públicos (v., neste sentido, acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 43 e jurisprudência referida).
- 58 No caso em apreço, é pacífico que, para efeitos da pré-seleção dos proponentes, a CNADNR seguiu as regras do capítulo 3 do guia do BEI. A este respeito, o facto de seguir as regras desse guia não pode excluir, *ab initio*, que as regras da União tais como resultam da Diretiva 2004/18 sejam respeitadas. Todavia, resulta das indicações do órgão jurisdicional de reenvio que os critérios de pré-seleção em causa no processo principal são mais restritivos do que os enunciados nos artigos 44.º, 45.º e 47.º da Diretiva 2004/18.
- 59 Tendo em conta o que precede, não se pode considerar um procedimento de adjudicação de um contrato público como o que está em causa no processo principal, no âmbito do qual foram aplicados critérios mais restritivos do que os enunciados na Diretiva 2004/18, como tendo sido conduzido em total conformidade com o direito da União.
- 60 Relativamente ao segundo aspeto evocado no n.º 53 do presente acórdão, resulta da definição que figura no artigo 2.º, ponto 7, Regulamento n.º 1083/2006 que uma violação do direito da União só constitui uma «irregularidade» na aceção dessa disposição se tiver ou puder ter por efeito lesar o Orçamento Geral da União através da imputação de uma despesa indevida ao referido Orçamento Geral. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou que essa violação só pode ser considerada uma irregularidade quando seja suscetível, como tal, de ter impacto orçamental. Em contrapartida, não é necessário provar a existência de um impacto financeiro preciso (acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 44 e jurisprudência referida).
- 61 Consequentemente, deve considerar-se que o incumprimento das regras de adjudicação de contratos públicos constitui uma «irregularidade» na aceção do artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006, desde que não se possa excluir a possibilidade de esse incumprimento ter tido impacto no orçamento do fundo em causa (acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 45).
- 62 No caso em apreço, o emprego de critérios de pré-seleção dos proponentes mais restritivos do que os previstos pela Diretiva 2004/18 constitui uma «irregularidade» na aceção do artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006, na medida em que não se pode excluir que tal emprego tenha tido impacto no orçamento do fundo em causa.

- 63 A este respeito, resulta da decisão de reenvio que, no processo principal, a AMPOST mostrou que os critérios de pré-seleção dos proponentes eram mais restritivos do que os previstos pela Diretiva 2004/18 e tinham por efeito restringir o círculo dos participantes no processo de contrato público em causa no processo principal, de forma que não se pode excluir o impacto no orçamento do fundo, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.
- 64 Por último, quanto à questão de saber se a referida irregularidade justifica a aplicação de uma correção financeira nos termos do artigo 98.º do Regulamento n.º 1083/2006, há que sublinhar que incumbe aos Estados-Membros proceder a uma correção financeira, uma vez que tenha sido constatada uma irregularidade.
- 65 Para tal efeito, o n.º 2 desse artigo exige à autoridade nacional competente que determine o montante da correção a aplicar atendendo a três critérios, nomeadamente, a natureza da irregularidade detetada, a sua gravidade e os prejuízos financeiros daí resultantes para o fundo em causa (acórdão de 14 de julho de 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, n.º 47)
- 66 Quando se trata, como no processo principal, de uma irregularidade pontual e não sistemática, esta última exigência implica necessariamente uma análise caso a caso, atendendo a todas circunstâncias de cada caso concreto pertinentes à luz de um destes três critérios.
- 67 No caso em apreço, o facto de a CNADNR ter agido em conformidade com a legislação nacional que lhe impunha que derrogasse a Diretiva 2004/18, de forma que não dispunha de nenhuma margem de apreciação quanto ao procedimento de adjudicação de contratos públicos a seguir, é uma circunstância suscetível de influenciar o montante final da correção financeira a aplicar, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar à luz das circunstâncias concretas do processo.
- 68 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à terceira e quarta questões:
- O artigo 9.º, n.º 5, e o artigo 60.º, alínea a), do Regulamento n.º 1083/2006 devem ser interpretados no sentido de que um procedimento de adjudicação de um contrato público como o que está em causa no processo principal, no qual são aplicados critérios mais restritivos do que os enunciados na Diretiva 2004/18, não pode ser considerado como tendo sido conduzido em total conformidade com o direito da União e não é elegível para um financiamento europeu não reembolsável, concedido retrospectivamente.
  - O artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006 deve ser interpretado no sentido de que o emprego de critérios de pré-seleção dos proponentes mais restritivos do que os previstos na Diretiva 2004/18 constitui uma «irregularidade», na aceção dessa disposição, que justifica a aplicação de uma correção financeira nos termos do artigo 98.º desse regulamento, na medida em que não se pode excluir que tal emprego tenha tido impacto no orçamento do fundo em causa, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

### Quanto às despesas

- 69 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Oitava Secção) declara:

- 1) **A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, e, em**

especial, o seu artigo 15.º, alínea c), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que a legislação de um Estado-Membro preveja, para efeitos de um procedimento de adjudicação de um contrato público iniciado posteriormente à data da sua adesão à União com vista à realização de um projeto com base num contrato de financiamento celebrado com o Banco Europeu de Investimento anteriormente à referida adesão, a aplicação de critérios específicos previstos pelas disposições do Guia para a adjudicação de contratos públicos do Banco Europeu de Investimento que não cumprem as disposições dessa diretiva.

- 2) O artigo 9.º, n.º 5, e o artigo 60.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11 de julho de 2006, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1260/1999, devem ser interpretados no sentido de que um procedimento de adjudicação de um contrato público como o que está em causa no processo principal, no qual são aplicados critérios mais restritivos do que os enunciados na Diretiva 2004/18, não pode ser considerado como tendo sido conduzido em total conformidade com o direito da União e não é elegível para um financiamento europeu não reembolsável, concedido retrospectivamente.

O artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 1083/2006 deve ser interpretado no sentido de que o emprego de critérios de pré-seleção dos proponentes mais restritivos do que os previstos na Diretiva 2004/18 constitui uma «irregularidade», na aceção dessa disposição, que justifica a aplicação de uma correção financeira nos termos do artigo 98.º desse regulamento, na medida em que não se pode excluir que tal emprego tenha tido impacto no orçamento do fundo em causa, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Assinaturas